

Der deutsche Traum von der französischen Souveränität

Abhängige Verfassungsgebung in der neueren deutschen Geschichte

CHRISTOPH MÖLLERS

1. These: die missverstandene Verfassungsgebung

In der mündlichen Einführung zu dieser Tagung hat Thomas Maissen davon gesprochen, dass der Begriff der Souveränität eine französische Lösung für ein französisches Problem sei. Diese Beobachtung möchte ich im Folgenden aus einer deutschen Perspektive *ex negativo* bestätigen. Meine These lautet, dass die Verfassungsgeschichte der Bundesrepublik von dem Verlangen geprägt ist, eine französische Konzeption von Souveränität zur Anwendung zu bringen, dass diese Lösung aber nicht zur deutschen institutionellen Realität passt. Dabei wird es um einen besonderen Fall der Rezeption des Souveränitätsparadigmas gehen, nämlich die Verfassungsgebung, in der sich ein souveränes Staatsvolk oder eine Nation eine neue Grundordnung gibt. Diese Idee der volkssouveränen Verfassungsgebung stammt aus Frankreich¹ und sie wurde in Deutschland vielfach rezipiert, nicht zuletzt von Carl Schmitt.² Schlägt man heute einen Kommentar zum Grundgesetz auf, so wird diese Doktrin aufgerufen.³ Warum aber passt sie nicht auf die deutschen Zustände? Der Grund dafür liegt darin, dass das deutsche Verfassungsrecht seit dem 19. Jahrhundert im weitesten Sinne föderal und international geprägt ist.⁴ In jeder Verfassungsgebung fand sich ein Miteinander und Gegeneinander verschiedener politischer Ebenen, an dem der Begriff der Souveränität ableiten musste.

- 1 Für eine neuere Geschichte des Gedankens und seiner Rezeption bis in die Gegenwart, Lucia Rubinelli: *Constituent Power. A History*, Cambridge 2020.
- 2 Carl Schmitt: *Verfassungslehre*, 7. Aufl. Berlin 1989 (Nachdruck 1928), S. 75 ff.; Egon Zweig: *Die Lehre vom Pouvoir Constituant. Ein Beitrag zum Staatsrecht der französischen Revolution*, Tübingen 1909.
- 3 Beispielhaft Matthias Herdegen, in: *Grundgesetz. Kommentar*, hg. von Günter Dürig, Roman Herzog und Rupert Scholz, September 2022, Präambel Rn. 49-58 zur Einleitung GG oder ebd., Art. 146 Rn. 1-12 zum Art. 146 GG; siehe auch unten bei Fußnote 22.
- 4 Grundlegend für die These, dass konstitutionelle Momente in Deutschland seit jeher auch internationale sind, Horst Dreier: *Kontexte des Grundgesetzes*, in: *Deutsche Verwaltungsblätter* 1999, S. 667-679.

Diese Beobachtung ist für sich nicht neu, wenn sie auch selten gut verstanden wurde.⁵ Im Folgenden wird aber zu zeigen sein, wie einflussreich ein französisches Modell souveräner Selbstbestimmung für die Verfassungspraxis der Bundesrepublik blieb, obwohl es ungeeignet war, die verfassungspolitischen Entwicklungen von der Entstehung des Grundgesetzes bis heute zu beschreiben oder gar normativ zu orientieren.⁶ Im aus Frankreich importierten Ideal fallen im Akt der Verfassungsgebung äußere und innere Souveränität zusammen, indem ein souveräner Staat seine Hoheitsgewalt durch eine neue Verfassung auch nach innen ordnet. Unter verschiedenen Vorzeichen hat man in Deutschland an diesem Modell dreimal festgehalten, damit aber jedes Mal verfehlt, was politisch und rechtlich geschah: bei der Entstehung des Grundgesetzes 1948/49, bei der Wiedervereinigung 1989/1990 und bei der Frage der Europäischen Integration seit dem Vertrag von Maastricht 1992 bis heute.

Um das Problem aufzuschlüsseln, ist zuerst etwas zur Vorgeschichte des deutschen Umgangs mit der Unterscheidung zwischen Staatlichkeit und Souveränität zu sagen (2.). Im Anschluss werde ich zwischen innerer (3.) und äußerer (4.) Souveränität unterscheiden: Die Entstehung des Grundgesetzes war ein Akt der Verfassungsgebung ohne Souveränität (3.1), die Wiedervereinigung ein solcher der Souveränitätserlangung ohne Verfassungsgebung (3.2). Dabei blieben beide Ereignisse nicht ohne eine internationale Einbindung denkbar, die klare und gemeinhin unterschätzte Auswirkungen auf das Verfassungsrecht des Grundgesetzes nahmen, wenn sie auf Bündnistreue (4.1) und europäische Integration (4.2) verpflichteten. Im Ergebnis wiederholte sich das Auseinanderfallen von Verfassungsgebung und Souveränitätsanspruch, blieb aber begrifflich verdrängt.

5 Sehr deutlich jetzt Dieter Langewiesche: *Vom vielstaatigen Reich zum föderativen Bundesstaat. Eine andere deutsche Geschichte*, Stuttgart 2020.

6 Offenbleiben muss in diesem Zusammenhang, wie »französisch« eigentlich diese Rezeption war, wenn sie Verfassungsgebung als voluntaristischen Akt eines Volkes bestimmt. Immerhin wird in der neueren Literatur die repräsentative und liberale Seite von Sieyès sehr betont. Pasquale Pasquino: *The Constitutional Republicanism of Emmanuel Sieyès*, in: *The Invention of the Modern Republic*, hg. von Bianca Maria Fontana, Cambridge 1994, S. 107-117.

2. *Begriffliche Einführung:*
Staatlichkeit und Souveränität in Deutschland

Die deutsche Unterscheidung zwischen Staatlichkeit und Souveränität entstammt der dominanten staatswillenspositivistischen Bundesstaatstheorie nach der Nationalstaatsgründung ab 1867.⁷ Indem sich die deutschen Territorien erst zum Norddeutschen Bund, dann zum Deutschen Reich zusammenschlossen, so die Theorie, gaben sie ihre Staatlichkeit nicht auf, übertrugen aber ihre Souveränität auf das Reich. Diese Begriffsbesetzung löste das Problem, dass die dynastischen Herrscher nicht einfach ihren Status als Hoheitsträger aufgeben konnten, als sie per Vertrag in das Reich eintraten: Bayern, Preußen und die anderen blieben so nichtsoveräne Staaten im Reich. Damit vollzog sich in einer Terminologie, die bis heute in Deutschland vorherrscht, der Übergang vom Staatenbund zum Bundesstaat mit nunmehr eigener Souveränität.⁸ Indiz für diesen Übergang sollte namentlich der Umstand sein, dass Reichsorgane ohne Konsens der Glieder die Verfassung ändern konnten, also in einer zeitgenössischen Kategorie das Reich die »Kompetenz-Kompetenz« innehatte.⁹

An dieser Theorie, die heute vom deutschen Staatsrecht auch auf die Europäische Union angewendet wird und von der gerne unterstellt wird, sie sei eine verfassungstheoretische Universalie, wirkt manches zweifelhaft. Schon zeitgenössisch funktionierte sie nicht.¹⁰ Damit sie passte, mussten Vorbehaltsrechte einzelner Gliedstaaten in der Reichsverfassung ignoriert werden, die eine Verfassungsänderung aufhalten konnten. Es blieb auch unklar, wie man die behauptete nichtsoveräne Staatlichkeit der Glieder herleiten sollte. Zudem trennte das Modell ausgerechnet den Begriff der Souveränität von seinem politischen Kern, indem es die Machtverhältnisse zwischen Reich und Gliedern, namentlich den immensen politischen Einfluss Preußens, seine Hegemonie im und gegen-

7 Manfred Friedrich: *Geschichte der deutschen Staatsrechtswissenschaften*, Berlin 1997 (Schriften zur Verfassungsgeschichte, 50), S. 291 ff. Zeitgenössisch etwa Otto Mayer: *Monarchischer und demokratischer Bundesstaat*, in: *Archiv des öffentlichen Rechts* 18, 1903, S. 337-372, hier S. 337, S. 339 f.; knapp Thomas Nipperdey: *Deutsche Geschichte 1866-1918*, Bd. 2, 3. Aufl. 1995, S. 85 ff., S. 87 f.

8 So auch Dieter Grimm in diesem Band.

9 Zu den politischen Motiven des deutschen Liberalismus nach 1867 für die Erfindung dieses Begriffs jetzt Christian Neumeier: *Kompetenzen*, Tübingen 2022, S. 54 ff., 103 ff., 153 f., 204 ff.

10 Eine juristische Analyse, die diejenigen der Juristen hinter sich lässt, stammt von einem Historiker: Oliver F.R. Haardt: *Bismarcks ewiger Bund. Eine neue Geschichte des Deutschen Kaiserreichs*, Darmstadt 2020, S. 700 ff., insbes. S. 703 f.

über dem Reich, aus dem Staatsrecht verdrängte. Dazu nur zwei Beispiele: Noch im Ersten Weltkrieg litt die Kriegsführung des Deutschen Reichs an den Ansprüchen der Territorialfürsten, ihre »eigenen« Truppen kommandieren zu können.¹¹ Am Ende der Weimarer Republik stellte sich nach dem Preußenschlag 1932 im Konflikt zwischen dem von der Rechten geführten Reich und dem sozialdemokratischen Preußen die Frage, ob das Land mit seiner beträchtlichen Polizeigewalt gegen die Maßnahmen des Reichs vorgehen könne.¹² Dass es angesichts der wieder aufgebauten Reichswehr und der politischen Unzuverlässigkeit der eigenen Polizei nicht dazu kam, mag die Annahme rechtfertigen, dass das Reich gegenüber Preußen in einem politischen Sinne souverän geworden war. Beide Beispiele zeigen aber, wie der Hinweis auf Verfahren der Verfassungsänderung dazu führt, die politische Seite des Souveränitätsbegriffs zu ignorieren.

Die Unterscheidung zwischen Staat und Souveränität erscheint vor diesem Hintergrund sowohl sehr spezifisch deutsch als auch in ihrer Anwendung auf deutsche Verhältnisse sehr anfechtbar. Sie ist weder dem Völkerrecht bekannt, noch spielt sie in anderen föderalen Verfassungsordnungen eine Rolle. Oft ist es dort gerade üblich, die obere Ebene nicht als Staat zu bezeichnen, so in den USA oder Indien: »Federal Government« und »Union«. Vor allem ist namentlich im amerikanischen Recht alles andere als klar, ob sich die Souveränität überhaupt auf einer föderalen Ebene verorten lässt.¹³ In den USA entstanden deswegen Theorien geteilter Souveränität, die das deutsche Staatsrecht des 19. Jahrhunderts noch rezipierte.

Mit dem Begriff der Souveränität wurde ein Problem föderaler deutscher Institutionenpolitik also weniger gelöst als begrifflich verarztet. Dies geschah zudem im Kontext der Verfassungsgebung der Reichsgründung, die in Form eines Vertrags zwischen Fürsten so gar nichts mit dem französischen Ideal zu tun hatte – und die auf die Frage, wer innerhalb des Reichs eigentlich das souveräne Organ war, gleichfalls keine überzeugende Antwort geben konnte.¹⁴ Vielleicht war die Frage nach der Souveränität einfach die falsche Frage. Doch wurde sie auch in der jüngeren deutschen Verfassungsgeschichte gerne weiter gestellt.

11 Dazu Herfried Münkler: *Der Große Krieg. Die Welt 1914-1918*, Berlin 2013, S. 112.

12 Dazu Hagen Schulze: *Otto Braun oder Preußens demokratische Wendung*, Frankfurt a. M. 1977, S. 747 ff.

13 Zur Offenheit der föderalen Souveränitätsfrage in den USA bis in die nähere Gegenwart Kathleen Sullivan: *Dueling Sovereignities. United States Term Limits, Inc. v. Thornton*, in: *Harvard Law Review* 109, 1995, S. 78-109.

14 Haardt: *Bismarcks ewiger Bund* (Anm. 10), S. 711 ff.; Stefan Oeter: *Integration und Subsidiarität im deutschen Bundesstaatsrecht*, Tübingen 1998, S. 29 ff., S. 32 f.

3. Verfassungsgebung und innere Souveränität: 1949 und 1990

3.1 Das Grundgesetz 1949: Verfassungsgebung ohne Souveränität

Die Entstehung des Grundgesetzes war ein Fall von Verfassungsgebung ohne Souveränität. Freilich geriet dieser Zusammenhang schnell in Vergessenheit. In den Beratungen des Parlamentarischen Rates sollte der provisorische Charakter des Prozesses noch sicherstellen, dass die Konstituierung Westdeutschlands einer weiterhin für möglich gehaltenen Wiedervereinigung nicht im Wege stehen würde. Praktisch hatten neben den Alliierten die Ministerpräsidenten der bereits verfassten Länder die Hoheit über den Prozess. Das Grundgesetz wurde durch die Länderparlamente ratifiziert. Das deutsche Volk trat erst bei der ersten deutschen Bundestagswahl am 14. August 1949 als Akteur in Erscheinung, aber selbst diese Wahl erfolgte aufgrund eines Gesetzes, das von den Landesregierungen nach Billigung der Besatzungsmächte erlassen wurde.¹⁵

Innerhalb der Beratungen des Parlamentarischen Rats spielte die französische Theorie souveräner Verfassungsgebung dennoch eine Rolle: Sie wurde namentlich vom einflussreichen und französisch geprägten Sozialdemokraten Carlo Schmid immer wieder in die Diskussion eingebracht. Er wollte eine »richtige« Verfassungsgebung *à la française* einem wiedervereinigten Deutschland vorbehalten.¹⁶ Hinter dieser Präferenz standen auch politische Unterschiede eines Sozialdemokraten gegenüber den Christdemokraten: Das Ideal einer demokratischen nationalen Verfassungsgebung entsprach den stärker national denkenden Sozialdemokraten mehr. Charakteristisch wirkte diese Präferenz in beide Richtungen: Nach unten führte sie zu einem stärkeren Zentralismus des Bundes gegenüber den Ländern, nach oben zu weniger Sinn für die Westbildung des entstehenden westdeutschen Staats. Die Christdemokraten dachten zugleich föderaler und internationaler und bedurften deswegen namentlich im rheinischen Flügel Adenauers keines starken Begriffs von Verfassung und Nation.

Dennoch übernahmen die Mütter und Väter des Grundgesetzes Schmid's Vorstellung eines Zusammenhangs zwischen Verfassungsgebung und Souveränität im Negativen, indem sie in der Schlussbestimmung des Grundgesetzes dem deutschen Volk ausdrücklich die Möglich-

15 Adolf M. Birke: Nation ohne Haus. Deutschland 1945-1961, München 1989, S. 243 f.

16 Zu Schmid's Verfassungsverständnis, Carlo Schmid: Erinnerungen, Bern 1979, S. 327 ff.; Gerhard Hirscher: Carlo Schmid und die Gründung der Bundesrepublik. Eine politische Biographie, Bochum 1986, S. 142 ff.; S. 280 f.; Petra Weber: Carlo Schmid 1896-1979, München 1996, S. 337, S. 354 f.

keit einer neuen gesamtdeutschen Verfassungsgebung einräumten. Erst wenn das Volk wieder im Ganzen bei sich war, sollte es ihm möglich werden, sich eine echte Verfassung zu geben. Davor erschien es geboten, das zu erarbeitende Dokument mit einer vom Hamburger Bürgermeister Max Brauer vorgeschlagenen vormodernen Semantik zu bezeichnen: Es war bloß eine *Lex fundamentalis*, ein Grundgesetz. Damit blieb namentlich die in Kaiserreich und der Weimarer Republik zu beobachtende Aneignung »französischer« Konzepte durch Autoren wie Egon Zweig und Carl Schmitt einflussreich. War das Grundgesetz wegen der offen gebliebenen deutschen Frage aus Sicht des Parlamentarischen Rats kein Produkt der Volkssouveränität, so blieb er der Theorie treu, wenn er es nicht als echte Verfassung anerkannte.

Die Annahme, beim Grundgesetz handele es sich nicht um eine echte Verfassung, ließ sich freilich nicht lange durchhalten. Schon im ersten Band seiner Entscheidungssammlung stellte das Bundesverfassungsgericht fest:

Das Grundgesetz will seinem gesamten Inhalt nach die Verfassung eines souveränen Staatswesens sein. Es war zwar entsprechend den Beschlüssen der Koblenzer Ministerpräsidentenkonferenz vom 8.-10. 7. 1948 (Huber aaO S. 200) zunächst lediglich als Organisationsstatut eines besetzten Landes gedacht, hat dann aber doch schließlich die Gestalt der Verfassungsurkunde eines souveränen Staates angenommen. Keine seiner Bestimmungen nimmt auf die Tatsache der Besetzung Bezug; insbesondere regeln sie nicht die Beziehungen zur Besatzungsmacht. Es geht ausnahmslos von der Gleichberechtigung der Bundesrepublik in der Völkerrechtsgemeinschaft aus.¹⁷

Diese Argumentation war ebenso wirkmächtig wie eigenartig. Dass sich die Souveränität der Bundesrepublik aus den Bestimmungen des Grundgesetzes ergeben könne, wie das Gericht unterstellt, setzte ja gerade die Souveränität der Verfassungsgebung voraus, an die die Mitglieder des Parlamentarischen Rats nicht glaubten. Sie zu unterstellen erschien auch nicht plausibel, wenn man den maßgeblichen Einfluss der Alliierten auf Initiierung und Ablauf des Prozesses bedachte. Zudem räumte das Gericht an anderen Stellen der Entscheidung auch ausdrücklich ein, dass die Alliierten »Herrschaftsgewalt« oder »Kontrolle« in Westdeutschland ausübten.¹⁸ Die Souveränität der Bundesrepublik bereits vor der Ablösung des Besatzungsstatuts zu behaupten, bleibt eine kühne These, für

17 BVerfGE 1, 351-372 [1952], hier 368. Dazu auch Dieter Gosewinkel in diesem Band.

18 BVerfGE 1, 351-372 [1952], hier 367.

die es in jedem Fall anderer Argumente bedurft hätte. Eher wird man diesen Teil der Begründung als einen symbolischen Akt verstehen, der daran erinnert, dass Adenauer bei der Übergabe des Besatzungsstatuts protokollwidrig seinen Fuß auf den Teppich setzte, der den Hohen Kommissaren vorbehalten war.¹⁹ Interessant ist die Begründung für uns aber vor allem deswegen, weil die erzwungene Souveränitätsthese für das Gericht die einzige Möglichkeit darzustellen schien, den Charakter des Grundgesetzes als echte Verfassung zu begründen.

Mit der Annahme, beim Grundgesetz handele es sich um eine echte Verfassung, konnte sich das Gericht dennoch durchsetzen, während die Frage der äußeren Souveränität, wie wir noch sehen werden, weniger gelöst als verdrängt wurde. Das Grundgesetz fand aber nicht nur bald als vollgültige Verfassung Anerkennung. Es erhielt seit den 1970er Jahren sogar die Funktion als eine Art Ersatzobjekt für die Kristallisation patriotischer Gefühle, für die sich angesichts der deutschen Teilung nichts Besseres fand. Im Begriff »Verfassungspatriotismus« kam dies zum Ausdruck.²⁰

Damit verlor die Annahme eines notwendigen Zusammenhangs zwischen Verfassungsgebung und Volkssouveränität ihre praktische Bedeutung. Der nichtsoveräne Parlamentarische Rat hatte eine Norm produziert, die von einer echten Verfassung nicht zu unterscheiden war. Statt dies zum Anlass zu nehmen, die eindeutige Zuordnung von Verfassungsgebung und Souveränität in Frage zu stellen, wurde aber die historische Rekonstruktion der Theorie angepasst. Liest man etwa eine viel zitierte Darstellung Ernst-Wolfgang Böckenfördes,²¹ so wird dort wie in fast allen gegenwärtigen Kommentierungen die Entstehung des Grundgesetzes unverdrossen als Ergebnis der Verfassungsgebenden Gewalt des deutschen Volks verstanden.²² Oft wird dies als bloße normative Zurechnung bezeichnet, um zu signalisieren, dass man das Problem sieht, wenn man es auch nicht lösen kann. Das ist allerdings nicht mehr als die Behauptung einer Rechtfertigung, für die sich historische Evidenz nicht auffin-

19 Zu dieser Episode Birke: Nation ohne Haus (Anm. 15), S. 254.

20 Geprägt von Dolf Sternberger: Verfassungspatriotismus, in: ders.: Schriften, Bd. 10, Frankfurt a. M. 1990, S. 13-16, zuerst in: Frankfurter Allgemeine Zeitung, 23. Mai 1979, S. 1.

21 Ernst-Wolfgang Böckenförde: Demokratie als Verfassungsprinzip, in: Handbuch des Staatsrechts, hg. von Josef Isensee und Paul Kirchhof, Bd. 2, 3. Aufl. Heidelberg 2004, § 24, Rn. 4.

22 Beispielhaft Dietrich Murswiek: Die verfassungsgebende Gewalt nach dem Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Berlin 1978, S. 32 f.; Horst Dreier, in: ders.: Grundgesetz, Bd. 1, 3. Aufl. Tübingen 2013, Präambel Rn. 66, nochmals Matthias Herdegen, in: Grundgesetz. Kommentar (Anm. 3).

den lässt. Für die politische Abhängigkeit der Verfassungsgebung von den Alliierten und für die föderale Struktur der Entscheidungsfindung auf deutscher Seite wurde kein begrifflicher Rahmen entwickelt. Praktisch bleibt es ebenso wenig plausibel, das Grundgesetz nicht als Verfassung zu verstehen, wie es historisch unzutreffend ist, ihr Entstehen als Akt der Volkssouveränität zu deuten. Das Grundgesetz ist eine Verfassung, die nicht aus einem souveränen Akt entstand.²³

3.2 Das Grundgesetz 1989/90: Souveränität ohne Verfassungsgebung

Die Entkoppelung von innerer Souveränität und Verfassungsgebung bestätigte sich nach der Wiedervereinigung mit umgekehrten Vorzeichen. Eine gesamtdeutsche Verfassung galt im Westen als überflüssig, die neuen Länder wurden in die Ordnung des Grundgesetzes inkorporiert. Dabei kann hier offenbleiben, ob dies ein politischer Fehler war. Die Chance einer gemeinsamen Verfassungsgebung, in der der Westen das Grundgesetz aufgegeben hätte, um mit dem Osten eine gemeinsame neue Ordnung zu schaffen, hätte jedenfalls einen Akt politischer Anerkennung der neuen Teile der Bundesrepublik gebracht, der heute politisch zu fehlen scheint. Eine politisch verständige Minderheit der Staatsrechtslehre, darunter Autoren wie Hasso Hofmann und Ulrich K. Preuß, hatte das schnell verstanden.

Für unsere Fragestellung ist dies von Bedeutung, weil durch diese Entwicklung die bei der Entstehung des Grundgesetzes auszumachende Entkoppelung von Verfassungsgebung und innerer Volkssouveränität nun nicht mehr als Produkt der Kontingenzen der deutschen Niederlage von 1945 verstanden werden konnte, sondern als ein Strukturmerkmal, das 1989/90 bewusst vollendet wurde. Denn mit der Wiedervereinigung entstand ein vollständiger und vollständig konstitutionalisierter Nationalstaat ohne jeden nationalen Verfassungsgebungsprozess. Die Anrufung der verfassungsgebenden Gewalt des deutschen Volkes, seiner Souveränität, konnte endgültig nur durch halbsbrecherische Begriffskonstruktionen aufrechterhalten werden, die nicht mehr nur die institutionellen Realitäten des Parlamentarischen Rates, sondern auch die der Wiedervereinigung ausblenden mussten. Die Rolle der Staatsrechtswissenschaft bestand ganz überwiegend darin, den westdeutschen Status quo zu legitimieren. Um nur nicht den Bestand des Grundgesetzes zu gefährden, war die Wissenschaft dabei sogar bereit, eine ihrer Kerndoktrinen aufzugeben,

23 Dass dies nichts Ungewöhnliches ist, zeigt Andrew Arato: *Post Sovereign Constitution Making: Learning and Legitimacy*, Oxford 2016.

den »Vorrang des Staates vor der Verfassung«.²⁴ In Nachfolge der Jellinek'schen Staatstheorie behauptet sie, der Staat habe als solcher gegenüber wechselnden Verfassungen ein Eigenleben.²⁵

Wenn man aber die Staatlichkeit der Bundesrepublik, wie es die herrschende Doktrin tat und tut, mit deren Souveränität gleichsetzt, so erweist sich der Verzicht auf eine gesamtdeutsche Verfassungsgebung zugunsten des Grundgesetzes wiederum als mehr oder minder unfreiwillige Aufgabe des Souveränitätsanspruchs. Die Volkssouveränität war nur so lange zu ertragen, wie sie in den Lehrbüchern still überwinterte. Dagegen hätte ein neuer Verfassungsgebungsprozess *horribile dictu* zu einer anderen Verfassung als dem Grundgesetz führen können. Die Norm des Grundgesetzes, Art. 146 GG, in welcher der Zusammenhang zwischen Volkssouveränität und Verfassungsgebung vom Parlamentarischen Rat gut französisch festgeschrieben worden war, musste entsprechend durch Verfassungsauslegung marginalisiert werden.²⁶ Praktisch blieb die Möglichkeit der Verfassungsgebung eine disponible Option und dadurch die Bundesregierung Herrin des politischen Prozesses der Wiedervereinigung.

4. Verfassungsrecht und äußere Souveränität

Es gehört zu den bemerkenswerten Umständen im deutschen Umgang mit dem Souveränitätsbegriff, dass die Frage, wann die Bundesrepublik Deutschland ihre äußere Souveränität »wiedererlangt« habe, nicht einheitlich beantwortet wird. Als entscheidende Momente werden die Ablösung des Besatzungsstatus durch die Pariser Verträge 1954/55 oder der Zwei-plus-Vier-Vertrag aus dem Frühherbst 1990 genannt. Beide stehen aber gerade nicht für eine schlichte Rückkehr zu einem souveränen Zustand, sondern für ein fortdauerndes Hineinwirken internationaler Verpflichtungen in das Verfassungsrecht der Bundesrepublik – und dehnen

24 Sofort bemerkt wurde das bei Hasso Hofmann: Über Verfassungsfieber, in: *Ius Commune*, XVII, 1990, S. 310-317; für Nachweise Christoph Möllers: Staat als Argument, 2. Aufl. Tübingen 2011, S. 256 ff.

25 Diese Entwicklung machte aus einem prominenten Schmittianer sogar einen ad hoc-Kelsenianer. Josef Isensee: Das Volk als Grund der Verfassung, Opladen 1995, schwört im Schatten der Wiedervereinigung der von ihm zuvor vertretenen staatsrechtlichen Fundierung des Grundgesetzes ab und entdeckt die Grundnorm.

26 Es blieb österreichischen Beobachtern vorbehalten, sich darüber zu wundern, so Ewald Wiederin: Die Verfassungsgebung im wiedervereinigten Deutschland, in: *Archiv des öffentlichen Rechts* 117, 1992, S. 410-448, hier S. 410.

damit von der anderen Seite den Zusammenhang zwischen Souveränität und Verfassungsgebung in der deutschen Verfassungsgeschichte.

4.1 Das Grundgesetz im langen Schatten des Kalten Kriegs

Vor der Ablösung des Besatzungsstatuts durch die Pariser Verträge verfügten die Alliierten über Hoheitsrechte, welche die innere und äußere Souveränität der Bundesrepublik ausschlossen. Zu den bemerkenswerten Befugnissen, die sich die westlichen Alliierten eingeräumt hatten, gehörte die Bewahrung der Einhaltung des Grundgesetzes und der Länderverfassungen selbst, die das Statut unter 2 f.) als Zuständigkeit aufzählte. Die Alliierten verstanden sich also als Hüter der deutschen Verfassungen und beanspruchten, diese Garantie auch gegenüber den deutschen Behörden durchzusetzen.²⁷ Doch wurden die formellen Befugnisse des Statuts so gut wie nie genutzt, denn die Einflussnahme geschah zumeist informell politisch. Die Ausnahme von dieser Regel war eine Razzia der britischen Besatzungsmacht bei der Landesparteientrale der FDP in Düsseldorf, wo es im Januar 1953 zu Verhaftungen wegen neonazistischer Umtriebe kam.²⁸ Das Vorgehen traf auf unterschiedliche innenpolitische Reaktionen, die an die oben vorgestellten politischen Unterschiede erinnern. Während nicht nur die FDP, sondern auch die SPD und namentlich Carlo Schmid über einen Eingriff in die deutsche Souveränität klagten, verhielt sich Adenauer zurückhaltend und äußerte keine ausdrückliche Kritik. Souveränität blieb weiterhin nicht für alle politischen Lager ein gleich wichtiges Problem.

Nach 1955 verfügte die Bundesrepublik mit Abschluss der Pariser Verträge über eine außenpolitische Handlungsfähigkeit, die durch die Verträge aber weiterhin förmlich eingeschränkt blieb.²⁹ Dass der Wiedererwerb der Souveränität im politischen Kontext nicht ohne das deutsche Bekenntnis zur Westbindung und die Einbindung in die NATO denkbar

27 Zitiert nach https://www.1000dokumente.de/pdf/dok_0013_bes_de.pdf (letzter Zugriff 16. 8. 2023).

28 Dazu Ulrich Herbert: *Best. Biographische Studien über Radikalismus, Weltanschauung und Vernunft 1903-1989*, 2. Aufl. Bonn 1996, S. 467 ff. und Anm. 206, S. 636.

29 BGBl. II, [1955], S. 258. Für eine zeitgenössische quasi amtliche Beurteilung aus dem Auswärtigen Amt, die den Text genau analysiert und den Souveränitätsgewinn rekonstruiert, aber zugleich die fortbestehenden Einschränkungen stark relativiert, siehe Ellinor von Puttkamer: *Vorgeschichte und Zustandekommen der Pariser Verträge vom 23. Oktober 1954*, in: *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 17, 1956/57, S. 448-475, hier S. 463 ff.

war, ist allgemein anerkannt.³⁰ Daneben gab es aber auch formelle Einschränkungen. Zwar beginnt der Vertrag mit der Aufhebung des Besatzungsstatuts: Die Bundesrepublik erlangte die »volle Macht eines souveränen Staates über ihre inneren und äußeren Angelegenheiten« (Art. 1 Abs. 2). Doch folgen dieser Garantie die Einschränkungen auf den Fuß: Der Bundesrepublik stand es nicht frei, sich selbst mit Ostdeutschland zu vereinigen und über West-Berlin zu verfügen (Art. 2). Sie wurde auf die Ziele der Vereinten Nationen und des Europarats verpflichtet und musste bei der Aufnahme diplomatischer Beziehungen mit Drittstaaten die Alliierten konsultieren (Art. 3). Die Truppenstationierung auf deutschem Boden wurde eingehend geregelt. Besonders bemerkenswert ist die Beibehaltung von Sonderrechten zum Schutz der Truppen, die erst abgelöst werden sollten,

sobald die zuständigen deutschen Behörden entsprechende Vollmachten durch die deutsche Gesetzgebung erhalten haben und dadurch in Stand gesetzt sind, wirksame Maßnahmen zum Schutz der Sicherheit dieser Streitkräfte zu treffen, einschließlich der Fähigkeit, einer ernstlichen Störung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung zu begegnen. [Art. 5 Abs. 2]

Es war diese Klausel, die einen für die Bundesrepublik innenpolitisch immens bedeutsamen Kampf auslöste, an dessen Ende 1968 der hoch umstrittene Erlass der sogenannten Notstandsverfassung stand.³¹

Auch ein anderer innenpolitischer und verfassungsrechtlicher Konflikt der Bundesrepublik hing mit diesem Vertrag zusammen: die Frage der NATO-Nachrüstung.³² In seiner Entscheidung darüber, ob die Stationierung taktischer Atomraketen auf deutschem Boden ohne parlamentarische Zustimmung zulässig sei, verwies das Bundesverfassungsgericht auf den Kontext der Verträge.³³ Dabei ließ es am Ende der Begründung sogar ausdrücklich die Frage offen, ob der Deutschlandvertrag es auch ermöglicht hätte, die Atomwaffen ohne deutsche Zustimmung in Deutsch-

30 Dazu Gregor Schöllgen: *Deutsche Außenpolitik. Von 1945 bis zur Gegenwart*, München 2013, S. 45 f., S. 54 ff.

31 17. Gesetz zur Ergänzung des Grundgesetzes, Gesetz vom 24. 6. 1968, verkündet am 27. 6. 1968, BGBl. I 709. Dazu Martin Diebel: »Die Stunde der Exekutive«. Das Bundesinnenministerium und die Notstandsgesetze 1949-1968, Göttingen 2019, S. 64 ff. Zum internationalen Zusammenhang auch Manfred Görtemaker: *Geschichte der Bundesrepublik Deutschland. Von der Gründung bis zur Gegenwart*, Frankfurt a. M. 2004, S. 453 f.

32 Zu den politischen Umständen, Ulrich Herbert: *Geschichte Deutschlands im 20. Jahrhundert*, München 2014, S. 948 ff.

33 BVerfGE 68, 1 (79 f.). [1984].

land zu stationieren.³⁴ Ein später Ausläufer dieser Rechtsprechung findet sich schließlich im großzügigen Umgang des Bundesverfassungsgerichts mit der Massenüberwachung deutscher Staatsbürgerinnen und Staatsbürger durch die amerikanischen Geheimdienste.³⁵ In allen drei Entscheidungen spielen die – in ihrem normhierarchischen Rang unter dem Grundgesetz stehenden, aber politisch eben doch fundamentalen – Bindungen an das Völkerrecht die Funktion einer überkonstitutionellen Superlegalität.

Was zeigen diese Beispiele? Sie zeigen, dass die 1955 »fast« wiedererlangte Souveränität der Bundesrepublik nicht nur weiterhin rechtlichen Beschränkungen unterlag, die im Regelfall angesichts der außenpolitischen Abhängigkeit nicht aktiviert werden mussten, sondern dass die verfassungsrechtlichen Folgen dieser Beschränkungen durchaus auch nach innen wirken konnten.³⁶ Die fehlende Souveränität der Verfassungsgebung des Grundgesetzes war nicht nur ein geltungstheoretisches Problem, sondern gewann eine konkrete innenpolitische und verfassungsrechtliche Bedeutung. Eine Kritik verbindet sich mit diesen Beobachtungen nicht. Das Problem liegt nicht in der Politik, sondern in den Versuchen, deren Brüche mit einem Schema vermeintlich souveräner Verfassungsgebung unsichtbar zu machen.

4.2 Souveränität zwischen Wiedervereinigung und europäischer Konstitutionalisierung

»Von der Souveränität Deutschlands kann erst die Rede sein, wenn Deutschland in Freiheit wiedervereinigt ist.«³⁷ Die kritische Feststellung des SPD-Vorsitzenden Erich Ollenhauer in der Bundestagsdebatte um

34 BVerfGE 68, 1 (110f.). [1984].

35 BVerfGE 143, 101 [2016], zur langen Vorgeschichte im Kalten Krieg Josef Foschepoth: Überwachtes Deutschland. Post- und Telefonüberwachung in der alten Bundesrepublik, Göttingen 2012.

36 Peter Graf Kielmansegg: Nach der Katastrophe. Eine Geschichte des geteilten Deutschland, Berlin 2000, S. 148; ähnlich Dennis L. Bark: Die Berlin-Frage 1949-1955, Berlin 1972, S. 223.

37 Verhandlungen des Deutschen Bundestages, Stenographischer Bericht, 2. Wahlperiode, 80. Sitzung, 5. 5. 1955, S. 4415. Das gesamte Zitat macht den Zusammenhang noch deutlicher: »Für das deutsche Volk bietet die Ablösung des bisherigen Besatzungsrechts im Geltungsbereich des Grundgesetzes keinen Anlaß zum Feiern. Die der Bundesrepublik mit den Pariser Verträgen zuerkannte politische Bewegungsfreiheit ist schwerwiegend eingeschränkt durch die Verpflichtungen zur Leistung eines militärischen Beitrags im Rahmen des Nordatlantikpakts und durch in Vetragsrecht umgewandeltes bisheriges Besatzungsrecht. Deutschland ist nach wie vor gespalten. Von der Souveränität Deutschlands kann erst die Rede sein, wenn Deutschland in Freiheit wiedervereinigt ist. (Beifall bei der SPD). Dieses

die Pariser Verträge 1955 brachte noch einmal die Sicht zum Ausdruck, welche die deutsche Souveränität nur als gesamtdeutsche Selbstbestimmung verstehen wollte. Diese Sicht verlor in den nächsten drei Jahrzehnten mehr und mehr an politischer Bedeutung. Aktuell wurde Ollenhauers Anliegen erst wieder im Jahre 1989, als das Verhältnis zwischen Souveränität, Wiedervereinigung und Verfassungsgebung mit dem Zusammenbruch der DDR neu auf den Plan der Politik geriet. War eine Wiedervereinigung laut Deutschland-Vertrag nur mit Zustimmung der Alliierten zulässig, so bedurfte sie einer völkerrechtlichen Grundlegung. Im Zwei-plus-Vier-Vertrag³⁸ wurde diese Zustimmung erteilt. Eine einfache und bedingungslose Freigabe der Souveränität der wiedervereinigten Bundesrepublik enthält dieser Vertrag nicht. Das erste Anliegen des Vertrags ist die Definition der deutschen Grenzen, geregelt wird der Status der russischen Besatzungsmächte, die beiden unterzeichnenden deutschen Regierungen verpflichten sich zur Begrenzung ihrer Truppenstärke – und erst in Art. 7 Abs. 2 des Vertrags wird dem vereinten Deutschland »volle Souveränität über seine inneren und äußeren Angelegenheiten« eingeräumt. Ausdrücklich verpflichtet Art. 1 Abs. 4 des Vertrags das wiedervereinigte Deutschland, seine Verfassung den Bestimmungen des Vertrags anzupassen. Genannt werden dabei die Präambel und die Artikel 23 und 146 GG. Entsprechend wurden diese Normen bei der Vorbereitung der Wiedervereinigung geändert.³⁹

Dieser letzte Punkt ist in dreierlei Hinsicht bemerkenswert: Zum Ersten ist es keineswegs üblich, ein Land durch Völkerrecht auf eine genau benannte Verfassungsänderung zu verpflichten. Auf welcher Normebene Staaten ihre völkerrechtlichen Pflichten erfüllen, bleibt in der Regel ihnen selbst überlassen. Zum Zweiten ist die Pflicht zur Änderung von Art. 146 GG für unsere Frage besonders bemerkenswert. Wie gesehen, war dies die abschließende Norm, mit der die Mütter und Väter des Grundgesetzes die Einheit von Volkssouveränität und Verfassungsgebung zumindest für die Zukunft aufrechterhalten wollten. Dass diese Norm ohne einen neuen verfassungsgebenden Prozess auf Grundlage einer völkerrechtlichen Verpflichtung geändert wurde, zeigt, mit welcher Konsequenz dieser Prozess der Idee souveräner Verfassungsgebung widersprach – und unterstreicht das fortgesetzte Paradox einer Norm, die Souveränität beansprucht, aber auf nichtsoveräner Grundlage ge-

Ziel zu erreichen, bleibt die vordringlichste politische Aufgabe des ganzen deutschen Volkes.«

38 BGBI. II [1990], S. 318.

39 36. Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes vom 23.9.1990, verkündet am 28.9.1990, BGBI. II, S. 885.

macht und geändert wurde. Zum Dritten schließlich bereitete die aufgrund des Vertrags erneuerte Präambel, wenn sie Deutschland »als gleichberechtigtes Glied in einem vereinten Europa« bezeichnet, den Weg für eine verfassungsrechtliche Verpflichtung der Bundesrepublik auf die europäische Integration, die kurze Zeit später mit den Grundgesetzänderungen zum Vertrag von Maastricht weiter ausgebaut wurde.⁴⁰

Die Epoche der Wiedervereinigung fällt in die Zeit der Aushandlung des Vertrags von Maastricht. Dieser bis heute letzte große Schritt zur Vertiefung der europäischen Integration führte insbesondere eine europäische Währung ein. Die Pläne dazu begannen vor dem Prozess der Wiedervereinigung und damit unabhängig von ihm.⁴¹ Dennoch lassen sich die endgültigen Entscheidungen nur vor ihrem Hintergrund verstehen.⁴² Alle relevanten völkerrechtlichen Dokumente zum Status von Deutschland, namentlich der Zwei-plus-Vier-Vertrag, heben die europäische Einbindung der Bundesrepublik deutlich hervor. Die Souveränität für das wiedervereinigte Deutschland konnte es nach Überzeugung der Alliierten nur im Rahmen ihrer europäischen Integration geben. Umgekehrt erkannte das Grundgesetz in der verfassungsändernden Formulierung, die ihm mit der Zustimmung zum Vertrag von Maastricht gegeben wurde, ausdrücklich an, dass auch für die Europäischen Verträge verfassungsrechtliche Standards wie Demokratie und Rechtsstaatlichkeit gelten müssen. Schließlich verpflichtete sich die Bundesrepublik nun auch verfassungsrechtlich dazu, an der »Verwirklichung eines vereinten Europa« im Rahmen der nunmehr als Europäische Union bezeichneten Organisation mitzuwirken.⁴³

Damit ergibt sich eine bemerkenswerte Überkreuzung, die den engen Zusammenhang zwischen Souveränität und Verfassungsgebung sowohl auf deutscher als auch auf europäischer Ebene dementierte: War die Restitution der deutschen Souveränität aus Sicht der Alliierten nur in deren europäisierter Einbindung möglich, so gab es umgekehrt aus Sicht des deutschen Verfassungsgebers eine europäische Konstitutionalisierung auch ohne europäische Souveränität. Auf beiden Seiten fallen Sou-

40 38. Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes vom 21.12.1992, verkündet am 24.12.1992, BGBl. I, S. 2086.

41 Vgl. namentlich zur Planung des Euros Harold James: *Making the European Monetary Union*, Cambridge 2012, S. 228 f.

42 Herbert: *Geschichte Deutschlands* (Anm. 32), S. 1131 ff.; Eckart Conze: *Die Suche nach Sicherheit. Eine Geschichte der Bundesrepublik Deutschland von 1949 bis in die Gegenwart*, München 2009, S. 709 ff.

43 Die damalige Diskussion, ob die europäischen Verträge eine Verfassung darstellen oder darstellen sollten, gewinnt angesichts dieser Entscheidung etwas Akademisches.

veränität und Verfassungsgebung auseinander. Dieser Zusammenhang bliebe freilich unvollständig beschrieben, wenn man nicht das Ende des anschließenden europäischen Verfassungsgebungsprozesses einbeziehen würde.⁴⁴ Dieser scheiterte an den ablehnenden Referenden in Frankreich und den Niederlanden. Dies spricht dafür, dass ein französisches Verständnis von verfassungsgebender Volkssouveränität in Frankreich wie in anderen Mitgliedstaaten weiterhin von Bedeutung ist. Diese Asymmetrie bleibt für das Verständnis der europäischen Integration von Bedeutung.

An die europäische Entwicklung seit Maastricht knüpft der bis auf weiteres letzte deutsche Versuch an, mit dem Begriff der souveränen Verfassungsgebung zu operieren. Der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts dient der Begriff der Volkssouveränität seit dem Maastricht-Urteil als juristisches Mittel zur Abwehr bestimmter Zumutungen der europäischen Integration.⁴⁵ In einer Dogmatik, die in den 1980er Jahren angestoßen wurde, soll die Souveränität der Bundesrepublik der europäischen Integration Grenzen ziehen.⁴⁶ Die Formulierung dieser Grenzen – und hier schließt sich der Kreis – wendet in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts wiederum die alte Unterscheidung zwischen Bundesstaat und Staatenbund an. Die Bundesrepublik, ein Bundesstaat, würde mit der Umwandlung der EU in einen seinerseits souveränen Bundesstaat ihre eigene Souveränität verlieren.⁴⁷ Einen solchen Verlust soll sie aber nur durch eine neue Verfassungsgebung legitimieren können, die das Grundgesetz ablösen müsste. Dass die deutschen Unterscheidungen auf den Prozess der europäischen Integration anwendbar sind, wird mit guten Gründen bezweifelt.⁴⁸ Aber das ist hier weniger von Interesse als die nunmehr erneuerte Behauptung eines engen Zusammenhangs zwischen Souveränität und Verfassungsgebung.

44 Zum Scheitern des europäischen Verfassungsprozesses knapp Mathias Jopp und Gesa-S. Kuhle: Wege aus der Verfassungskrise. Die EU nach den gescheiterten Referenden in Frankreich und den Niederlanden, in: *Integration* 28, 2005, S. 257-261.

45 BVerfGE 89, 155 [1993].

46 Zu den frühen Beiträgen die Nachweise bei Möllers: *Staat als Argument* (Anm. 24), S. 376 ff.

47 Udo Di Fabio: Der neue Artikel 23 des Grundgesetzes. Positivierung vollzogenen Verfassungswandels oder Verfassungsneuschöpfung? in: *Der Staat* 32, 1993, S. 191-217, hier S. 201. Sehr deutlich benennt BVerfGE 123, 267 (364) [2009] den Zusammenhang.

48 Christoph Schönberger: Die Europäische Union als Bund. Zugleich ein Beitrag zur Verabschiedung des Staatenbund-Bundesstaat-Schemas, in: *Archiv des öffentlichen Rechts* 129, 2004, S. 81-120.

Dieser Zusammenhang wird vom Bundesverfassungsgericht in einer leider allgemein verkannten Ironie aus dem Grundgesetz hergeleitet. Aus einer Verfassung, die nicht in einem Verfahren souveräner Verfassungsgebung entstand und die ebenso wenig durch einen verfassungsgebenden Akt gesamtdeutsch erstreckt wurde, wird die Notwendigkeit souveräner Verfassungsgebung für die europäische Integration deduziert. Die Anforderungen, die das deutsche Verfassungsrecht an die europäische Verfassungsgebung stellt, sind damit anspruchsvoller gefasst als diejenigen, die es zur Rechtfertigung der eigenen Normativität liefern kann. Das ist auch deswegen eigenwillig, weil damit der innerstaatliche Begriff der Volkssouveränität ausgespielt wird gegen den völkerrechtlichen Begriff der Souveränität als rechtliche Fähigkeit, sich selbst mit Mitteln des Völkerrechts zu binden. Europapolitisch ist der deutsche Gebrauch des Souveränitätsbegriffs damit defensiv geworden. Er dient nicht der Gestaltung einer europäischen Integration, welche die gemeinsamen Handlungsspielräume erweitern könnte, sondern der Abwehr dieser Integration. Das unterscheidet seinen aktuellen deutschen Gebrauch vom französischen Konzept einer europäischen Souveränität.⁴⁹

5. Ausblick

Seit dem Dreißigjährigen Krieg war der konstitutionelle Zustand Deutschlands stets auch außenpolitisch und völkerrechtlich geprägt. Dass der Westfälische Frieden Religionsangelegenheiten der Territorien regelte, war in dieser Hinsicht der bemerkenswerte Anfang. Dabei entsprach die spätere Verfassungsgebung nicht dem nachrevolutionären Ideal einer selbstbestimmten Volkssouveränität, sondern blieb immer bundesstaatlich und international gebrochen: von der durch Napoleon erzwungenen Verfassungsbewegung und dem Wiener Kongress über den bundesstaatlichen Vertrag, der den ersten deutschen Nationalstaat gründete, und über die Abhängigkeit der Weimarer und Bonner Verfassungen von ihren jeweiligen internationalen Nachkriegsordnungen bis hin zum Zustand nach der Wiedervereinigung innerhalb der europäischen Integration. Deutsche Verfassungen waren in Form oder Inhalt nicht einfach demokratische Gesetze, sondern Verträge oder von Verträgen abhängig. Die Form des Vertrags unterbricht aber jeden starken begrifflichen Zusammenhang zwischen innerer Souveränität, äußerer Souveränität und Verfassungsgebung.

49 Dazu Bertrand Badie und Gisela Müller-Brandeck-Bocquet in diesem Band.

Aus der deutschen Verfassungsgeschichte hätte eine Doktrin föderaler Verfassungsgebung, des Verfassungsvertrags, entstehen können, die ihren Eigenheiten besser hätte gerecht werden können als die unverdaute Rezeption eines demokratisierten Bodin. Stattdessen wurde der Begriff der Souveränität als universale Antwort auf ein universales Problem gelesen. Gerade die national gestimmte deutsche Staatstheorie hat so die nationalen Eigenheiten ihrer eigenen Verfassungsgeschichte verfehlt.